

Demanda interpuesta por el Lic. Eusebio R. Marchosky en representación de OLGA ALICIA CHARTER DE MARTINEZ, para que se declare nulo, por ilegal el acto contenido en el Memorandum ACT-243 de fecha desconocida, suscrito por la Presidenta de la Comisión del Fondo Complementario de Prestaciones Sociales; la negativa tácita por silencio administrativo de la misma Comisión, al o resolver la reconsideración del acto contenido en dicho Memorandum; y para que se hagan otras declaraciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA TERCERA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO)

Panamá, 31 de diciembre de milrovecientos setenta y seis.

Panamá

VISTOS. El señor Procurador de la Administración, por medio de la Vista No. 89 de 21 de los corrientes, ha pasado este negocio, escrito en el que solicita a la Sala se digne declararlo impedido, de conformidad con el artículo 78 de la Ley No. 135 de 1943, en concordancia con el artículo 323 de la Ley No. 61 de 1946, por las razones que adelanta, así:

"El suscrito emitió concepto sobre el particular en consulta elevada por la Contraloría General de la República.

La recurrente en la presente demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción intenta que vuestra Sala declare la nulidad del memorandum Act. 243 emitido por la Presidenta de la Comisión del Fondo Complementario de Prestaciones Sociales y de los descuentos que a partir del 1.º de octubre de 1975, efectuó el Departamento de Contabilidad de la Caja de Seguro Social a la señora Olga Alicia Charter de Martínez.

En el epígrafe del libelo de la demanda correspondiente al señalamiento de las disposiciones violadas y el concepto de la violación se señala como infringidos los artículos 28 de la Ley 15 de 1975; aparte a) del artículo 6 y artículo 27 de la Ley 16 de 1975, entre otros. Al referirse al concepto de la violación de estas disposiciones, argumenta en síntesis que, como profesora jubilada por una institución del Estado regulada por una ley especial en materia sobre jubilación, la Caja de Seguro Social no está facultada para disminuir el monto de pensión igual a la que reciba o haya recibido por concepto de salario por cuenta de tercero, pues como jubilada por Ley especial no está impedida para trabajar para éstos.

Pues bien en nota No. 28 de fecha 16 de julio de 1975, en ejercicio de la facultad que me concede el artículo 101 de la Ley 135 de 1943, absolví consulta al señor Contralor General de la República, donde entre otras interrogantes se planteaba la siguiente:

"TERCERA PREGUNTA:

Puede un pensionado por vejez o invalidez de la Caja, que se ha acogida a una jubilación especial del Estado ó que está incluido dentro de las excepciones señaladas en el artículo 1.º del Decreto de Gabinete No. 17 de 1969, modificado por la Ley 85 de 1974; a) seguir desempeñando

un cargo público, pese a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 15 de 1975? y, b) Debe o no descontarse de su pensión de vejez o invalidez el monto de los salarios que reciba o haya recibido?

RESPUESTA:

El texto del artículo 28 de la Ley 15 de 1975 establece que 'aquellas personas que se pensionen por vejez, a la edad normal o anticipadamente, o se pensionen por invalidez, de conformidad con la presente Ley, no podrán realizar ningún trabajo por cuenta de terceros'. (el subrayado es mío). Es de observar, pues, que esta disposición se destina a los que se pensionen por vejez o invalidez con la Caja de Seguro Social y no a los servidores públicos que se jubilen de acuerdo con una Ley especial.

Por ello, opino, que es aplicable a todos los que se pensionen por vejez a la edad normal o anticipadamente y no a los que se jubilen de acuerdo con una ley especial'.

Como se deja ver, Honorables Magistrados, en la anterior consulta conceptué sobre el aspecto jurídico substancial que en esta demanda se discute, por lo cual me encuentro impedido para actuar en defensa del acto acusado!!

La Sala procede a examinar la solicitud anterior en los siguientes términos:

El artículo 78 de la Ley No. 135 de 1943, relativo al Capítulo VI sobre impedimentos y recusaciones, establece las causas en donde se opera el impedimento para los miembros del Tribunal de lo Contencioso -Administrativo, hoy Tercera Sala de la Corte, y particularmente en su numeral primero, expresa: "haber conceptuado sobre la validez o nulidad del acto que se acusa, o sobre el negocio sometido a l conocimiento de la corporación, o haber favorecido a cualquiera de las partes en el mismo". Y el artículo 323 del Código Judicial, dice que, "son aplicables a los Agentes del Ministerio Público las disposiciones sobre impediment s y recusaciones respecto a los Magistrados y Jueces".

Pero antes de entrar en cualquier otra consideración, para los efectos de ubicar con precisión el impedimento bajo estudio, que dicho artículo 78 de nuestra Ley Contenciosa-Administrativa, no es más que la reproducción del Artículo 102 de la Colombiana, y que alhá se introdujo, por la sencilla razón que el Consejo de Estado, institución que calcó nuestro original Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, ejerce funciones consultivas.

En nuestro sistema contencioso-administrativo, no está instituida la consulta con valor vinculante, por tanto, la causal invocada no tiene aplicación práctica en esos casos, por falta de respaldo jurídico, puesto que el artículo 101 de la Ley 135 de 1943, sólo faculta al Fiscal del Tribunal, ahora representado por el Procurador de la Administración, para servir de consejo (sic) jurídico a los funcionarios administrativos que consultaren su parecer respecto a determinada interpretación de la Ley o el procedimiento que deben seguir, lo que debe entenderse en sentido genérico, sin consecuencias legales de ninguna naturaleza.

Ahora bien. Si el Procurador emitió concepto sobre la Ley que se aplica en este caso, apréciase que lo hizo en forma general y objetiva, y que ahora, debe hacerlo sobre un caso particular, por tratarse de una demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción, asunto del cual puede variar de acuerdo con las circunstancias que rodean cada caso en particular, sin que ello implique que haya prejuzgado la situación jurídica que se debate.

Pues, debe hacerse énfasis también, que el Procurador de la Administración no ejerce facultades decisorias, sino que éstas son propiamente las funciones de la Sala, quien en definitiva debe desatar la controversia en torno a la situación jurídica debatida en el proceso.

Por todo lo expuesto, la Sala Tercera (Contencioso-Administrativo) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NIEGA la declaratoria de impedimento solicitada por el Procurador de la Administración en este negocio.

Cópiese y notifíquese.

(BDO) Ricardo Valdés, Lao Santizo, Pedro Moreno. Jaina de Lombardo, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RICARDO AVALDES.

No comparto la resolución que suscribo, en la cual se niega la solicitud del señor Procurador de la Administración para que se le

considerara impedido en el conocimiento de este negocio, por las razones que pasa a exponer.

Considero que es injusta la posición en la cual ha sido colocado el señor Procurador, por cuanto debe enfrentarse al dilema de asumir la defensa de acto acusado, el cual considero desprovisto de validez jurídica, según se desprende de consulta que absolviera anteriormente.

En efecto, al absolver consulta que le formulara el señor Contralor General de la República, sobre los casos en que una persona que gozara de alguna de las jubilaciones especiales concedidas por el Estado, o que el jubilado por la Caja escogiera ese tipo de jubilación, el señor Procurador expresó su opinión en el sentido de que a tales personas no le era aplicable lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 15 de 1975. Es decir, que en caso de que tales jubilados trabajaraen por cuenta de un tercero, la Caja no podría disminuir o descontar del monto de esa pensión una suma igual a la que recibiera ó haya recibido por concepto de salario, pues, a su juicio, dicho precepto sólo alcanza a quien reciba pensión de vejez o invalidez con arreglo a esa Ley y no a las leyes especiales.

Precisamente, el caso planteado en la demanda que se tramita se refiere o encaja en uno de los que hipotéticamente señaló el señor Procurador en su consulta, esto es, aquellas personas a las cuales no le afecta el citado precepto, pero los funcionarios de la Caja han considerado que sí le es aplicable esa norma.

Se aprecia, pues, que en la opinión expresada por el señor Procurador, ha emitido su concepto sobre la validez o nulidad del acto que se acusa, lo cual constituye causal de impedimento, según el numeral 1o. del artículo 78 de la Ley 135 de 1943, y puede invocar tal hecho como impedimento por facultarlo el artículo 323 de la Ley 61 de 1946.

Por otra parte, considero que no es óbice para que se configure esa causal el hecho que en nuestro sistema jurídico tales

consultas no tengan la virtualidad de obligar a la Administración a ajustar sus actos, conforme a la autorizada opinión del señor Procurador, toda vez que él al expresarla queda comprometido con ella.

Estas son las consideraciones que me obligan a Salvar mi Voto.

Panamá, 31 de dic. de 1976. (fdo) Ricardo Valdés. Janina de Lombardo. Secretaria.